



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF

Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI

Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation relative à la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale

Octobre 2013

Table des matières

1.	Contexte.....	4
2.	Procédure de consultation et méthode d'évaluation	5
2.1.	Procédure de consultation.....	5
2.2.	Méthode d'évaluation	6
3.	Principaux résultats de la consultation.....	6
4.	Avis sur les diverses dispositions de l'avant-projet	6
4.1.	Avis individuels.....	6
4.2.	Autres remarques et propositions des participants à la consultation	14

Abréviations et sigles des participants à la consultation

ABPS	Association des banquiers privés suisses
AFBS	Association des banques étrangères en Suisse
ASB	Association suisse des banquiers
ASG	Association suisse des gérants de fortune
ASIN	Action pour une Suisse indépendante et neutre
ASM	Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire
CDF	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances
CFC	Commission fédérale de la consommation
COPA	Commission des offres publiques d'acquisition
Forum OAR	Forum Suisse des organismes d'autorégulation
FSA	Fédération Suisse des Avocats
FTAF	Federazione Ticinese delle Associazioni dei Fiduciari
GSCGI	Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants
Les Verts	Parti écologiste suisse
OADFCT	Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino
PBD	Parti bourgeois-démocratique suisse
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PLR	PLR.Les Libéraux-Radicaux
PS	Parti socialiste suisse
pvl	Parti vert'libéral suisse
SATC	Swiss Association of Trust Companies
SEC Suisse	Société suisse des employés de commerce
SKS	Stiftung für Konsumentenschutz
SVUE	Schweizerischer Verband unabhängiger Effekthändler
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UBCS	Union des banques cantonales suisses
UDC	Union démocratique suisse
USAM	Union suisse des arts et métiers
USS	Union syndicale suisse
VSUD	Vereinigung Schweizerischer Unternehmen in Deutschland

1. Contexte

La loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF ; RS 672.5) est entrée en vigueur le 1^{er} février 2013¹. L'avancement rapide des travaux du Forum mondial et l'environnement international imposent déjà une révision. Dans leur communiqué à l'issue de leur réunion des 5 et 6 septembre 2013, les chefs d'Etat et de gouvernement et les ministres des finances du G20 pressent toutes les juridictions, en particulier les 14 juridictions dont les bases légales ne satisfont qu'insuffisamment à la norme², de s'atteler sans délai à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial).

Pour la Suisse, cela signifie en particulier qu'elle doit mettre en œuvre rapidement les recommandations contenues dans le rapport d'examen par les pairs du 1^{er} juin 2011. La mise en œuvre intégrale de l'une des mesures suivantes lui permettra d'être admise à la deuxième phase de cet examen : a) inclusion dans la procédure d'assistance administrative d'une possibilité, dans des cas exceptionnels, de transmettre des données sans information préalable de la personne concernée ; b) instauration de la transparence en ce qui concerne les actions au porteur ou c) conclusion d'un nombre suffisant de conventions contre les doubles impositions (CDI) prévoyant une assistance administrative conforme à la norme de l'OCDE. Pour ce qui est des actions au porteur, l'introduction d'une obligation de déclarer des porteurs d'actions nominatives ou au porteur de sociétés non cotées en bourse et un élargissement de l'obligation de diligence pour déterminer les ayants droit économiques sont principalement prévus dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI (le délai de consultation a expiré le 1^{er} juillet 2013 et selon le calendrier, le Conseil fédéral devrait approuver le message à la fin de l'année 2013). En ce qui concerne les CDI comportant une clause d'assistance administrative conforme à la norme de l'OCDE, leur nombre a certes augmenté mais le Forum mondial le juge encore insuffisant.

En premier lieu, la LAAF doit être adaptée parce qu'elle ne prévoit pas d'exception à l'information préalable des personnes habilitées à recourir contre une demande d'assistance administrative. La norme du Forum mondial³ exige cependant que les droits de la personne visée par une demande d'assistance dans l'Etat requis ne fassent pas obstacle à un échange efficace de renseignements. Pour ce faire, le Forum mondial préconise des exceptions à l'information préalable de la personne concernée (par ex. si la demande est très urgente ou si l'information préalable peut compromettre l'aboutissement de l'enquête dans l'Etat requérant)⁴.

La nécessité d'adapter la LAAF est aussi apparue lors de la réunion du groupe de direction du Forum mondial du 28 juin 2013, au cours de laquelle le calendrier prévu de notation des juridictions après l'achèvement des phases 1 et 2 de l'examen par les pairs a été fixé. Cette notation finale devrait débuter en novembre 2013 lors de la session plénière du Forum mondial à Jakarta. Pour éviter que les Etats respectant la norme ne soient désavantagés par rapport aux pays qui ne la respectent pas, plusieurs Etats préconisent de réfléchir à un système

¹ Le projet de loi soumis aux Chambres fédérales par le message du 6 juillet 2011 n'était que partiellement adapté aux recommandations du Forum mondial, car le Conseil fédéral était parti de l'idée que d'autres mesures (en particulier un nombre suffisant de CDI conformes à la norme de l'OCDE) permettraient à la Suisse de passer à la phase 2 de l'examen par les pairs du Forum mondial.

² Ces 14 juridictions ne peuvent passer à la phase 2 de l'examen par les pairs. Outre la Suisse, il s'agit des Etats suivants : Botswana, Brunei, Émirats Arabes Unis, Guatemala, Îles Marshall, Liban, Libéria, Nauru, Nioué, Panama, République dominicaine, Trinité et Tobago, Vanuatu.

³ Cf. Termes de référence, B.2.1.6 ; consultables sous <http://www.oecd.org/fr/ctp/44839470.pdf>.

⁴ Voir aussi le Commentaire de l'« accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale », art. 1, ch. 6.

de sanctions pour les juridictions qui ne peuvent être admises à la phase 2. Ainsi, la pression sur ces Etats, et donc aussi sur la Suisse, s'accroîtra encore.

Par ailleurs, le projet de loi soumis à la consultation proposait une autre adaptation relative à la pratique suisse en matière de données volées. Certains Etats se sont notamment plaints de ne pas obtenir de réponse à leurs demandes d'assistance administrative, souvent nombreuses, en raison de la pratique en vigueur. Un Etat invite la Suisse à chercher rapidement une solution pour débloquer la situation, car dans le cas contraire, il devrait envisager des mesures à l'encontre des sociétés suisses en se fondant sur une base légale nationale applicable à de tels cas.

Même si elle pouvait passer à la phase 2, par exemple sur la base d'un nombre suffisant de CDI révisées et conformes à la norme, la Suisse aurait tout intérêt à résoudre rapidement le problème de l'absence d'une disposition dérogatoire relative à l'information *a posteriori* des personnes concernées par une demande d'assistance administrative. L'assistance administrative pratiquée durant les trois dernières années est en effet examinée au cours de la phase 2. A cet égard, la situation actuelle n'est guère favorable : de nombreuses demandes sont bloquées en raison du secret exigé par l'Etat requérant, secret qui ne peut être garanti en l'absence d'une disposition dérogatoire de cette nature, ou parce que les demandes reposent indirectement sur des données acquises illégalement.

Si elle ne peut donner suite aux demandes bloquées, la Suisse se verra attribuer une mauvaise note d'appréciation globale dans le cadre de l'examen par les pairs, ce qui serait néfaste pour son image et sa crédibilité. De plus, la Suisse n'écarterait pas le risque de sanctions bilatérales ou multilatérales à son encontre (par ex. son inscription sur une liste noire). Une révision rapide de la LAAF s'impose dès lors.

Du 14 août au 18 septembre 2013, le projet de révision de la LAAF a fait l'objet d'une procédure de consultation accélérée au sens de l'art. 7, al. 3, let. a, de la loi sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061).

2. Procédure de consultation et méthode d'évaluation

2.1. Procédure de consultation

Ont été invités à participer à la procédure de consultation : les gouvernements des 26 cantons, la Conférence des gouvernements cantonaux, la CDF, quinze partis politiques, les trois associations faîtières nationales des communes, des villes et des régions de montagne, dix associations faîtières de l'économie et 30 autres milieux intéressés.

Parmi les destinataires, se sont exprimés : 23 cantons (AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, ZG, ZH), sept partis politiques (PBD, PDC, PLR, Les Verts, plv, PS, UDC), la CDF, huit associations faîtières nationales de l'économie (economiesuisse, SEC Suisse, Union patronale suisse, ASB, USS, USAM, Union des villes suisses, SwissHoldings) et 17 représentants des milieux intéressés (AFBS, TF, TAF, Centre Patronal, CDF, Forum OAR, CFC, GSCGI, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, Chambre fiduciaire, Fiduciaire Suisse, SKS, SVUE, COPA, UBCS, ABPS, ASG).

De plus, se sont exprimés spontanément : FSA, ASM, ASIN, VSUD, FTAF, Genève Place Financière, Libéraux-Radicaux Genève, Ordre des Avocats de Genève, OADFCT, étude CSN Law.

Ont renoncé à prendre position : AI, FR, GL, LU, SG, UR, CFC, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, Union des villes suisses, SKS, COPA.

L'Union patronale suisse renonce à exprimer son propre avis, l'objet ressortissant à la compétence d'économiesuisse. Cette dernière renvoie pour les détails et les propositions de modifications aux avis de l'ASB, de SwissHoldings et de la Chambre fiduciaire.

2.2. Méthode d'évaluation

Les avis exprimés ne sont pas détaillés un par un dans le présent rapport, qui reflète plutôt la position de principe des participants à la consultation et présente en particulier leurs propositions de modifications. Pour les détails, nous renvoyons aux avis reçus, qui peuvent être consultés auprès du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI).

3. Principaux résultats de la consultation

Des 17 cantons qui se sont exprimés, 11 approuvent le projet (AG, BE, BS, FR, GE, JU, NE, OW, TG, ZG, ZH) et deux le rejettent (AR, TI).

Des sept partis politiques qui ont pris position, quatre approuvent le projet (PBD, Les Verts, plv, PS) et trois le rejettent (PDC, PLR, UDC).

Des 29 organisations qui se sont exprimées, deux approuvent le projet (CDF, USS) et neuf le rejettent (UBCS, ASG, USAM, Fiduciaire Suisse, Centre patronal, FTAF, étude CSN Law, Libéraux Radicaux Genève, Ordre des Avocats de Genève).

Les autres participants approuvent certains points de la révision et en rejettent d'autres.

En particulier, la modification de l'art. 7, let. c, a été fortement critiquée. L'assistance administrative en réponse à des demandes fondées sur des données volées pose problème sous l'angle de l'Etat de droit. De plus, on peut à tout le moins douter que la norme internationale impose cette modification. En outre, par rapport au contenu d'une demande groupée, la proposition de renvoyer à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE dans sa teneur de 2012 et de donner au Conseil fédéral la compétence d'adapter le contenu requis d'une demande groupée au standard international repris par la Suisse n'a pas trouvé de soutien : une réglementation légale s'impose.

4. Avis sur les diverses dispositions de l'avant-projet

4.1. Avis individuels

Art. 3, let. c

Le PDC s'étonne du commentaire de la disposition, selon lequel il n'est pas nécessaire de définir exhaustivement le contenu d'une demande groupée et qu'il convient à cet égard de se référer à la norme internationale. La disposition elle-même n'est pas formulée ainsi.

NE et l'ABPS jugent la définition légale imprécise. Dans le sens d'une amélioration partielle, l'ABPS suggère le complément suivant :

- c. *demandes groupées* : des demandes d'assistance administrative qui exigent des renseignements sur plusieurs personnes, identifiables à l'aide de données précises et qui ont commis des actes illicites identiques.

Dans le sens d'une concrétisation, le GSCGI propose la teneur suivante :

- ... identifiables à l'aide de données pertinentes précises.

Art. 6

Al. 2^{bis}

SO, Fiduciaire Suisse, l'ASG, la FTAF et la VSUD veulent voir réglé dans la loi le contenu des demandes groupées, à l'instar des demandes individuelles. NE souhaite que la loi définisse au moins un contenu minimal pour garantir une certaine sécurité juridique indépendamment des évolutions internationales.

Pour SZ, le simple renvoi à un commentaire traduit une capitulation du législateur face à la complexité de l'état de fait à régler.

TI juge inhabituel que des dispositions du droit international soient invoquées pour interpréter le droit suisse.

Dans une perspective pragmatique, l'ASB propose que le Conseil fédéral définisse dans une ordonnance le contenu des demandes groupées :

^{2bis} Le Conseil fédéral définit le contenu requis d'une demande groupée et peut l'adapter à des normes internationales.

Al. 2^{ter}

La compétence du Conseil fédéral d'adapter le contenu requis d'une demande groupée au standard international repris par la Suisse est jugée inacceptable par SZ, TI, le PDC, le PLR, l'UDC, l'ASB, SwissHoldings, economiesuisse, Fiduciaire Suisse, l'USAM, l'UBCS, l'ABPS, l'ASG, Genève Place Financière, la VSUD, la FTAF et l'OADFCT : il revient au Parlement de décider.

SZ est d'avis que si la modification de la LAAF devait être déléguée au Conseil fédéral, les caractéristiques essentielles de la matière déléguée devraient être précisées dans LAAF elle-même. Le renvoi à une norme internationale ne répond pas aux conditions d'une délégation législative.

Le PDC ne veut appliquer des normes internationales en Suisse qu'à la condition qu'elles soient également appliquées par toutes les autres places économiques concurrentes.

Al. 2^{quater} (nouveau)

Si toutes les CDI assorties d'une clause d'assistance administrative devaient autoriser des demandes groupées alignées sur la norme internationale, l'ASB juge que la loi devrait régler ce point. Cela semble nécessaire en regard de certains messages relatifs à des CDI qui soulèvent des questions quant à l'admissibilité de demandes groupées. Une prévalence des dispositions de la convention est la seule solution permettant de clarifier des interprétations complexes et de pallier des incertitudes. L'ASB propose la teneur suivante :

^{2quater} Dans le champ d'application de conventions visant à éviter les doubles impositions ou d'autres conventions internationales prévoyant un échange d'informations fiscales, négociées après le 13 mars 2009, entrées en vigueur et comportant une clause d'assistance administrative, les demandes groupées sont admissibles.

Art. 7, let. c

AG, SH, SO, SZ, TI, le PDC, le PLR, l'UDC, l'ASB, SwissHoldings, economiesuisse, l'USAM, Fiduciaire Suisse, l'ABPS, l'UBCS, l'ASG, le Forum OAR, le TAF, le SVUE, Genève Place Financière, le GSCGI, la VSUD, la FSA, l'ASIN, la FTAF et l'OADFCT rejettent la modification, au motif qu'elle pose problème sous l'angle de l'Etat de droit et qu'elle n'est motivée que par des considérations politiques, en particulier parce qu'elle contredit également la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'interdiction des preuves indirectes. Le fait que les

données volées ont été acquises activement ou passivement ne devrait jouer aucun rôle. Les données volées restent des données volées, et dans tous les cas, elles violent le principe de la bonne foi. De plus, la nécessité de la modification n'est pas rendue plausible car il n'est pas clair si les Etats mentionnés dans le rapport explicatif ont effectivement pris des mesures à l'encontre de la Suisse ou s'il ne s'agit que de menaces. De l'avis de Fiduciaire Suisse et du Forum OAR, la modification constitue une entorse à l'interdiction d'utiliser des preuves acquises de manière illicite (art. 141 CPP).

L'ASB fait valoir que cette proposition de révision ne fait pas partie des trois exigences auxquelles la Suisse doit répondre pour passer à la phase 2 de l'examen par les pairs. Il est néanmoins possible que cet élément puisse conduire à des difficultés durant la deuxième phase dans la mesure où une attitude stricte de la Suisse est de nature à empêcher un réel échange d'informations. Mais il convient de souligner que d'autres Etats n'autoriseraient pas non le recours à des informations acquises de manière illicite dans le cadre de procédures fiscales. L'ASB est par ailleurs d'avis que la Suisse ne doit pas encourager le vol de données en autorisant des Etats étrangers à utiliser de telles données.

La FSA juge inacceptable que la modification proposée ouvre toutes grandes les portes au commerce international et à l'utilisation abusive de données bancaires suisses volées.

L'UBCS estime que l'on n'a pas suffisamment étudié les répercussions d'un tel revirement sur la pratique juridique suisse : elle les juge considérables. Les banques cantonales sont parties de l'idée qu'une assistance administrative accordée en cas d'acquisition passive de données volées – que la Suisse se doit de refuser à tout prix – encourage l'acquisition illicite de données par l'étranger. L'UBCS considère que la pratique actuelle de l'AFC à propos des données volées est satisfaisante. On doit pouvoir attendre des Etats étrangers qu'ils étayent leurs demandes d'assistance administrative par leurs propres investigations et recherches, ainsi que le commande la pratique.

L'ABPS fait valoir que la proposition de révision, présentée dans le projet comme souhaitable sous l'angle du droit international public, contredit la pratique de nombreux Etats tels la France, la Belgique, l'Italie et le Luxembourg, selon laquelle les données volées ne peuvent être utilisées pour l'imposition d'un contribuable. Le fait que d'autres Etats ont utilisé ou eu l'intention d'utiliser des données de cette nature ne justifie pas que l'échange d'informations sur la base de données volées soit présenté comme une norme internationale. De plus, l'ABPS ne comprend pas pourquoi, au-delà des lacunes évoquées par le Forum mondial, le Conseil fédéral entend assouplir la législation, par exemple en matière d'utilisation de données volées, en allant plus loin que la norme de l'OCDE.

SwissHoldings, l'USAM, la FTAF et la VSUD relèvent également que le traitement de demandes d'assistance administrative fondées sur des données volées n'a pas jusqu'à ce jour été déclaré obligatoire par le Forum mondial et que par conséquent, il ne fait pas partie non plus de la norme de l'OCDE. SwissHoldings n'attend pas du Forum mondial qu'il reproche à la Suisse sa statistique, certes défavorable, de l'assistance administrative, mais bien qu'avant d'exercer des pressions sur la Suisse, il se préoccupe globalement du problème des données acquises de manière illicite. La Suisse ne devrait accorder l'assistance administrative qu'à certaines conditions lorsque les demandes se fondent sur des données volées. En particulier, l'Etat requérant devrait préciser l'origine des données et indiquer le fournisseur. Il conviendrait également d'exiger que le voleur des données soit extradé et que les indemnités versées au voleur par des Etats tiers soient confisquées et remises par l'Etat requérant.

L'AFBS souhaite une clarification de la notion de « bonne foi » avec l'OCDE.

L'ASM doute également que la modification proposée réponde à des normes internationales. Il se peut que les organes compétents de l'OCDE cautionnent la modification, mais ils regroupent des représentants d'administrations fiscales : il n'est pas certain que la justice des divers Etats soutienne une telle réglementation. En tout état de cause, l'ASM a appris que la Cour de cassation belge a interdit l'utilisation de données bancaires volées au Luxembourg. Aux Pays-Bas, la question reste posée de savoir si l'on peut utiliser des données d'origine criminelle transmises spontanément par la Belgique aux autorités néerlandaises. L'ASM sait qu'en Finlande, les milieux judiciaires ont exprimé de fortes réserves quant à une autorisation pour les autorités fiscales finlandaises d'acheter des données volées. L'ASM part de l'idée que d'autres Etats pourraient se trouver dans une situation similaire.

S'agissant en priorité d'un problème concernant certains Etats, AG et l'AFBS préconisent de chercher tout d'abord une solution bilatérale.

La VSUD rappelle que, dans le cadre des débats relatifs à la LAAF, le DFF avait assuré que la Suisse ne répondrait en aucun cas à des demandes d'assistance administrative fondées sur des données volées. La modification proposée nuit à la crédibilité du département.

Les Verts estiment que l'utilisation de données volées ne doit pas conduire à un refus de la demande d'assistance administrative. Le PS juge peu judicieuse la tentative d'esquiver le problème posé par l'acceptation fréquente et en toute connaissance de cause d'avoirs non conformes aux prescriptions fiscales en distinguant entre les manières active et passive de se procurer des données. Il propose la teneur suivante :

- Il n'est pas entré en matière lorsque la demande présente l'une des caractéristiques suivantes :
- c. elle viole le principe de la bonne foi.

GE estime que la formulation proposée dépasse l'objectif de la modification, à savoir le déblocage de demandes fondées sur des informations que l'Etat requérant a obtenues passivement, c'est-à-dire sans violer le principe de la bonne foi, car elle introduit une condition supplémentaire de non-entrée en matière : l'Etat requérant doit avoir lui-même commis un acte punissable. Pour une meilleure adéquation avec l'objectif, GE propose la formulation suivante :

- Il n'est pas entré en matière lorsque la demande présente l'une des caractéristiques suivantes :
- c. elle viole le principe de la bonne foi, notamment lorsqu'elle se fonde sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse et que l'Etat requérant se les est procurés activement.

Le plv et le TAF demandent que l'on précise ce qu'il faut entendre par « obtention active ».

L'étude CSN Law attire l'attention sur le fait que toutes les CDI conclues par la Suisse comportent – conformément au commentaire de l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE – une clause en vertu de laquelle un Etat contractant ne peut remettre des données à un Etat tiers sans le consentement de l'Etat fournisseur. Ce qui vaut pour des données acquises de manière licite doit s'appliquer davantage encore à des données obtenues de façon illicite.

Let. d (nouvelle)

Les Verts proposent une nouvelle let. d :

- d. il existe un risque que des informations soient utilisées à des fins non fiscales ou attentatoires aux droits de l'homme.

Al. 2 (nouveau)

Les Verts proposent un nouvel al. 2 :

L'Etat requérant peut former recours contre la décision de non-entrée en matière.

Art. 14

Fiduciaire Suisse refuse que l'information soit limitée aux parties essentielles de la demande. Pour pouvoir utiliser une voie de droit, il faut être informé de manière complète.

Art. 14a

L'UBCS estime que la disposition dépasse le droit à l'information usuel et comporte des obligations qui s'accompagnent de différents problèmes et risques pour les détenteurs de renseignements. Les banques cantonales souhaitent que l'on prévoie des droits à l'information au lieu d'obligations d'informer pour les détenteurs des renseignements en cas d'assistance administrative pour les demandes groupées.

Pour le TI, la norme va à l'encontre des principes de légalité et de proportionnalité ancrés à l'art. 5 Cst., car le droit de recours n'est pas accordé.

Al. 2

L'ASB, l'ABPS et la banque cantonale de Bâle demandent la suppression de la deuxième phrase. L'information du détenteur des renseignements par l'AFC si une personne habilitée à recourir est domiciliée ou a son siège à l'étranger n'a aucun sens, car le détenteur des renseignements a déjà été informé du contenu de la demande en vertu de l'art. 10, al. 2, et doit identifier les personnes concernées selon l'al. 1.

Al. 3

L'ASB et l'UBCS soulignent que l'*obligation* du détenteur des renseignements d'informer de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées ou ont leur siège à l'étranger et de les prier de désigner un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications ne correspond pas à l'art. 20I de l'ordonnance concernant la convention de double imposition américano-suisse. Dans cet article, l'AFC *invite* le détenteur des renseignements à faire désigner par les personnes concernées par une demande groupée une personne en Suisse habilitée à recevoir des notifications. De même, l'art. 80n, al. 1, EIMP confère un droit d'informer au détenteur de documents. Si l'on suit cette procédure éprouvée, il faut accorder un droit d'informer au détenteur des renseignements même en cas d'assistance administrative pour les demandes groupées, mais pas lui imposer une obligation d'information, qui incombe à l'AFC. Une telle obligation exposerait le détenteur des renseignements au risque de violation du secret bancaire.

Par conséquent, l'ASB propose la formulation suivante:

³ Le détenteur des renseignements est invité à informer de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées ou ont leur siège à l'étranger et à les prier de désigner un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications.

Al. 4

L'ASB et l'UBCS demandent de préciser que l'information des personnes concernées par une demande groupée par publication dans la Feuille fédérale intervient sans indication de nom (si l'AFC en a connaissance), comme cela figure à l'al. 6:

⁴ L'AFC informe en outre, par publication dans la Feuille fédérale, sans indiquer de nom, les personnes concernées par la demande groupée:

- a. de la réception et du contenu de la demande d'assistance administrative;

Al. 5

Le PDC estime que le délai de 20 jours pour informer la personne concernée est trop court. La recherche d'une personne à l'étranger et la prise de contact avec elle peuvent prendre plus de temps.

L'ASB demande que le délai de 20 jours pour désigner le représentant autorisé à recevoir des notifications s'applique également à l'indication d'une adresse en Suisse:

⁵ Le délai accordé pour indiquer l'adresse en Suisse ou désigner le représentant autorisé à recevoir des notifications est de 20 jours. Il court à compter du jour qui suit la publication dans la Feuille fédérale.

Art. 21a

L'ABES et l'ABPS saluent le but poursuivi avec la norme. L'ABPS précise cependant que l'art. 21, al. 1, de la Convention CE/OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, qui s'annonce comme le nouveau standard international, réserve les droits et garanties accordés aux personnes par la législation ou la pratique administrative de l'Etat requis.

Le Tribunal fédéral ne prend pas position sur cette disposition. D'après le Tribunal administratif fédéral, le rapport explicatif souligne à juste titre que la procédure en vertu de l'art. 21a restreint la garantie de l'accès à un juge en vertu de l'art. 29a de la Constitution fédérale.

SH, SO, TI, le PDC, l'UBCS, l'ASG, la FSA, l'USAM, le GSCGI, la FTAF, la VSUD, l'ASIN et l'étude CSN Law rejettent la restriction de l'obligation d'informer vis-à-vis des personnes concernées par une demande, car cela constitue une violation problématique en droit public de la garantie constitutionnelle de l'accès au juge. Pour l'ASM, on peut se demander fortement si la disposition ne contrevient pas au droit d'être entendu (art. 29 Cst.) et à la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.). On devrait au moins examiner s'il ne faudrait pas accorder, au minimum, une réserve d'utilisation en ce sens que l'exploitation des renseignements serait interdite dans la mesure où les personnes concernées font recours après la communication de la transmission des renseignements et les instances judiciaires concluent que ces derniers n'auraient pas dû être transmis.

L'ASG et la FTAF arguent que les exigences du Forum mondial concernant les exceptions à l'information des personnes habilitées à recourir, qui ont été formulées dans l'examen par les pairs, ne reposent pas sur la norme internationale selon l'art. 26 MC-OCDE. Celle-ci accorde davantage la priorité aux droits nationaux de la procédure en matière d'assistance administrative.

La FSA estime inacceptable que la suppression de la possibilité de recourir contre la décision finale avant la transmission des données place les contribuables étrangers dans une position plus défavorable lors d'une assistance administrative qu'un criminel étranger dans une procédure d'entraide judiciaire.

Al. 1

L'ASB exige que la disposition d'exception soit appliquée avec une grande retenue. Il faut inscrire dans la loi qu'il s'agit effectivement d'une exception qu'un Etat requérant ne peut pas invoquer à chaque demande. Par ailleurs, cette disposition ne devrait pas être applicable lorsque la personne concernée est domiciliée ou a son siège en Suisse et lorsque sa protec-

tion juridique appropriée n'est pas garantie dans l'Etat requérant. L'ASB propose la formulation suivante:

¹ Exceptionnellement, l'AFC informe d'une demande les personnes habilitées à recourir par une décision après la transmission des renseignements en relation à des circonstances spéciales au cas par cas, lorsque l'autorité requérante établit de manière vraisemblable que:

[...]

^{1bis} Le délai d'information de l'al. 1 n'est pas admissible si la personne concernée est domiciliée en Suisse ou s'il y a des indices selon lesquels la personne habilitée à recourir ne peut vraisemblablement pas faire valoir ses droits de manière effective dans l'Etat de domicile ou s'il y a des doutes concernant l'existence d'une protection juridique appropriée dans l'Etat requérant.

SwissHoldings suggère une disposition comparable à l'al. 1^{bis}:

On renoncera à une procédure avec une information ultérieure au profit d'une procédure ordinaire si l'autorité compétente a des motifs sérieux de supposer que les droits de l'homme de la personne habilitée à recourir ou son droit à une procédure équitable de droit public ne seront pas respectés dans l'Etat requérant.

NE, l'UBPS et, implicitement, le PDC exigent également que l'information ultérieure de la personne concernée soit limitée à des cas exceptionnels, comme le prévoient les *Terms of Reference*, et que l'Etat requérant doive fournir une justification argumentée. SO et ZH demandent que l'établissement de la vraisemblance des conditions d'une procédure avec information ultérieure de la personne habilitée à recourir soit soumis à des exigences élevées. SO estime qu'il existe un potentiel d'abus vis-à-vis de la personne concernée. En relation avec l'exécution de l'assistance administrative en matière fiscale, la Suisse devra répondre, sur le plan mondial, du respect non seulement de ses obligations de droit international, mais également des droits procéduraux garantis dans un accord international. Si les renseignements sont uniquement requis pour une procédure de taxation habituelle, ZH pense qu'il n'existe généralement aucun risque de collusion et, dès lors, aucun motif de transmettre les renseignements sans une information préalable de la personne concernée.

L'ASG propose une mesure intermédiaire pour les exceptions graves, à savoir que l'AFC demande unilatéralement la vérification juridique des conditions de l'exception – sans en informer la personne concernée – comme cela est le cas dans les enquêtes pénales et dans l'entraide judiciaire en matière pénale.

Pour la VSUD, établir de manière vraisemblable n'est pas suffisant, car la procédure avec information ultérieure risque alors de devenir la norme. De plus, tout comme les mesures de contrainte selon l'art. 13, al. 3, LAAF, il est justifié que l'application de cette procédure soit décidée par le directeur de l'AFC ou par son suppléant. La VSUD propose cette formulation:

¹ L'AFC informe d'une demande les personnes habilitées à recourir par une décision après la transmission des renseignements, lorsque:

...

^{1a} L'application de la procédure doit être ordonnée par le directeur de l'AFC ou par la personne légitimée à le représenter.

Al. 1, let. a

Fiduciaire Suisse pense que l'urgence extrême ne constitue pas un critère approprié pour une procédure avec information ultérieure des personnes habilitées à recourir. Si l'urgence est

imputable à l'Etat requérant – par exemple en raison d'une enquête laborieuse – elle ne doit pas entraver la protection juridique des personnes habilitées à recourir. En revanche, l'urgence est un critère envisageable si les dissimulations de la personne habilitée à recourir sont susceptibles d'entraîner une prescription.

Al. 1, let. b

De l'avis de l'ASB, cette condition semble devoir être rarement remplie, car la personne concernée n'est pas en mesure de détruire des documents bancaires et que ceux-ci permettent de déposer une demande.

SZ rejette la let. b en tant que motif pour une information ultérieure de la personne habilitée à recourir. Cette formulation devrait englober la possibilité offerte à la personne concernée, dès qu'elle a connaissance de l'assistance administrative, de préparer la manière dont se déroulera son audition ultérieure. On pourrait ainsi limiter les droits de recours dans presque toutes les procédures d'assistance administrative.

L'UBPS pense que l'exemple concernant la condition à la let. b mentionné dans les explications – à savoir qu'une information préalable pourrait compromettre l'aboutissement d'une enquête si l'instruction confidentielle n'est pas encore terminée – va trop loin. Il en ressort que la seule confidentialité de la procédure fiscale dans l'Etat requérant autoriserait celui-ci à obtenir des renseignements au mépris des droits de la personne concernée. Par ailleurs, on pourrait en conclure que toutes les autorités fiscales des partenaires contractuels de la Suisse devraient uniquement ouvrir une procédure administrative confidentielle pour bénéficier de renseignements sans une information préalable de la personne concernée.

L'étude CSN Law considère que le recours après la transmission des renseignements est un simple alibi.

Al. 3

L'UBPS souligne que l'interdiction d'informer faite au détenteur des renseignements entrave la relation de confiance avec le client. De plus, le renvoi à l'art. 10a LBA dans le rapport explicatif est trompeur. La LBA concerne la lutte contre le blanchiment d'argent, pas la soustraction d'impôt. Surtout, l'interdiction d'informer y est limitée à cinq jours.

Al. 4

L'UBPS demande un renvoi à l'art. 292 CP, auquel l'al. 4 se réfère. Une amende de 10 000 francs semble inappropriée à cet égard.

L'ASB et economiesuisse exigent que la violation par négligence de l'interdiction d'informer ne soit pas punie, d'autant que le dol éventuel demeure, lui, punissable.

Al. 5

L'UBCS et l'ASIN indiquent que l'AFC ne peut pas être à la fois l'autorité de poursuite et de jugement. Etant donné l'étendue de l'amende, il faut prévoir une autorité judiciaire.

Art. 24a

Le PDC, l'UBPS, l'USAM, la SASD, l'ASIN et l'OADFCT rejettent clairement une application rétroactive du nouveau droit, car cela violerait un principe juridique fondamental. L'USAM estime que certaines modifications auraient pu être entreprises avant l'adoption de la LAAF par les Chambres fédérales.

Al. 2

Pour l'UBCS, la rétroactivité est particulièrement choquante pour les demandes reposant sur des données volées.

4.2. Autres remarques et propositions des participants à la consultation

- a) SO, SZ, TI, le PLR, l'UDC, l'UBCS et economiesuisse critiquent la consultation accélérée et exigent le respect des délais prévus. La révision intervient peu après l'adoption de la loi par le Parlement. On peut dès lors se demander pourquoi les droits d'informer n'ont absolument pas été abordés pendant les débats sur la loi, alors que les résultats de l'examen par les pairs étaient connus et que le département tablait déjà sur la nécessité de mesures ultérieures. Pour Fiduciaire Suisse, le projet n'est pas abouti et la consultation accélérée ne se justifie ni sur le plan constitutionnel, ni au niveau politique. Rien ne motive une action précipitée. Dès lors, le projet doit être rejeté dans son intégralité.
- b) Le PDC demande que l'actuelle procédure accélérée porte uniquement sur les adaptations minimales requises pour accéder à la deuxième phase de l'examen par les pairs. Cela concerne l'adaptation d'un nombre suffisant de CDB à la norme internationale. Un processus législatif ordinaire est nécessaire pour toutes les mesures plus étendues.
- c) SH, TI, l'UDC et la VSUD indiquent qu'il faudrait négocier un nombre suffisant de CDB avec une clause d'assistance administrative selon la norme internationale et, conformément au calendrier, éclaircir prochainement la question des actions au porteur. Les exigences pour accéder à la deuxième phase de l'examen par les pairs seraient ainsi satisfaites et l'urgence du présent projet n'aurait dès lors pas lieu d'être. Cela vaut également pour les menaces de liste noire soulevées par le G20 ou par l'OCDE.
- d) L'ASB suggère que le message précise comment d'autres pays appliquent la norme concernant l'exception relative à l'information des personnes habilitées à recourir.
- e) Pour le Tribunal administratif fédéral, il est insatisfaisant depuis l'entrée en vigueur de la LAAF que la personne concernée puisse recourir auprès du TAF contre une décision finale accordant l'assistance administrative, mais qu'il n'existe aucun recours contre une décision finale refusant cette assistance. Par exemple, dans les procédures d'assistance administrative des Etats-Unis, la notion de titres américains n'est pas clarifiée de manière exhaustive par les tribunaux; la décision de l'AFC concernant les titres ne relevant pas de cette notion a dès lors un caractère définitif. Il en va tout autrement dans l'entraide pénale: selon l'art. 80h, let. a, de la loi sur l'entraide pénale internationale (RS 351.1), la qualité de recourir est accordée non seulement à la personne concernée, mais également à l'office fédéral. Le TAF suggère que l'introduction d'une disposition correspondante soit envisagée dans la LAAF pour garantir le «bon droit» et qu'une autorité fédérale, par exemple l'Office fédéral de la justice, soit chargée de cette tâche.
- f) Eu égard aux nouveaux art. 7, let. c, et 21a, le TAF table sur un nombre nettement plus élevé de recours, qui nécessitera davantage de greffiers, voire de juges, dans la cour concernée.
- g) LU s'attend à ce que l'application du projet s'effectue, si possible, sans ressources personnelles et financières supplémentaires dans les cantons.
- h) SO exige des mesures juridiques pour empêcher le négoce primaire avec des données volées, car la révision n'y parvient pas.
- i) L'UBPS et l'UBCS rappellent que le rapport du Forum mondial concernant la Suisse pour la première phase a été publié en juin 2011, soit plus de deux ans avant la consultation

actuelle et près de 16 mois avant l'adoption de la LAAF par le Parlement le 28 septembre 2012. Ce rapport aurait donc pu être pris en compte lors de l'élaboration de la LAAF.

Même si les banques cantonales reconnaissent qu'une action est nécessaire, elles émettent des réserves face aux changements précipités, proposés dans le projet de révision.

- j) SO et SZ soulignent que la nécessité d'une révision sur des questions somme toute élémentaires six mois après l'entrée en vigueur d'une loi ne parle pas en faveur du législateur. On a l'impression désagréable que les nouveautés introduites par la révision devraient se substituer à un débat national exhaustif. Quiconque a cru, sur la base des explications du message concernant la LAAF, que la loi créerait une sécurité juridique notamment en matière de protection juridique et de procédure sera déçu par la révision engagée. De plus, le fait que celle-ci fasse l'objet d'une procédure accélérée n'ait pas à même de susciter la confiance des citoyens. La VSUD et l'ASIN arguent également dans ce sens. TI considère que les contribuables domiciliés en Suisse et les prestataires financiers sont soumis à une insécurité juridique si des lois sont révisées dès que la communauté internationale exerce des pressions sur la Suisse. En tant que troisième place financière du pays, TI s'en inquiète, d'autant que la CDB avec l'Italie doit encore être renégociée.
- k) JU reconnaît la nécessité de la présente révision, mais demande dans le même temps que la réciprocité soit systématiquement exigée des Etats partenaires.
- l) La VSUD estime qu'au lieu de céder aux pressions extérieures, la Suisse devrait plutôt tout mettre en œuvre pour que les règles de l'OCDE soient appliquées par tous les Etats. L'ASG et la VSUD affirment que les normes actuelles de l'OCDE ne sont de loin pas satisfaites par des Etats importants de cette organisation, tels que les Etats-Unis et la Grande-Bretagne. Nonobstant, ces deux pays auraient réussi l'examen du Forum mondial. Tant que chacun ne luttera pas à armes égales, la Suisse aura toutes les raisons de refuser toute nouveauté supplémentaire en matière d'assistance administrative.
- m) L'ABES souhaite que les offices suisses compétents soient priés de divulguer, à des fins de transparence, des informations sur la pratique des Etats partenaires concernant les exceptions relatives à l'information des personnes habilitées à recourir en cas de demandes d'assistance administrative de la Suisse. En outre, cette dernière devrait veiller à ce que les examens par les pairs tiennent également compte de la politique et de la pratique des Etats requérants. Les pays qui font régulièrement valoir une urgence sans pouvoir la justifier devraient être rappelés à l'ordre par l'OCDE.